

浅议政府采购合同的法律性质

黄梅艳

厦门大学法学院 福建 厦门 361000

摘 要：政府采购合同的性质一直是颇有争议的问题，本文结合国内外关于这一问题的学说观点进行学习、分析，进而阐述笔者的观点。

关键词：政府 采购合同 合同性质

一、政府采购合同

政府采购合同是采购人或采购代理机构为实现采购任务，而利用财政资金依法定方式、程序与供应商之间签订的以货物、工程和服务的购买、租赁、委托、雇佣等为主要内容，明确相互的权利、义务关系的协议。政府采购是围绕采购合同展开的，其救济也必然基于合同而展开，合同也是当事人双方履行权利、义务、受损方寻求救济的依据。那么，政府采购的合同的性质究竟是什么，就成了政府采购供应商合法权益救济的前提问题。因此，从性质上给予政府采购合同一个准确的定性，直接关系到政府采购合同中双方责任性质的认定、违约赔偿及权利救济问题，对进一步发挥政府采购合同的效用，规范政府采购行为，提高采购资金的使用效益，保护当事人的合法权益具有十分重要的意义。

二、政府采购合同性质争议浅析

就政府采购合同的性质，历来存在着争议，学界主要有三种观点：民事合同说、行政合同说、混合说。接下来，本文将对这三种学说进行陈述分析。

（一）民事合同说

所谓民事合同说，即以为政府采购合同是民事合同，在政府采购合同关系中，双方当事人权力义务平等，合同的订立是基于市场竞争机制，合同内容以等价有偿和平等互利为基础。

（二）行政合同说

所谓行政合同说，即认为即使政府采购行为具有民事行为的某些特征，但又不同于普通的民事行为，它本质上属于行政行为的范畴，具有行政行为的许多性质，实际上是一种行政合同行为。该学说认为：政府采购作为一种公共经济行为，具有政

府范围、陪审员的权责等作出统一明确的规定，为陪审制有效运行提供一个法律上的支持。

（二）明确陪审员的权力职责

对于陪审员的权力职责，我国并没有一个很明晰的规定，这也是导致陪审员陪而不审、制度流于形式的一个最重要的原因。我国的法院组织和诉讼法中规定：陪审员在执行任务时，同审判员有同等的权力。这句话概括性的赋予了陪审员一切审判权力，却不像美国陪审制那样对陪审员和法官有明确的职责分工。建立陪审制，就是给公民一个合法的政治参与途径，保障司法公平和公正，同时达到一个普及法律知识的宣传教育功能。对陪审员和法官而言，必须要给对方行使的权力一个明确的定位，而不是二者有同等的权力，这样就失去了陪审的意义。有专家认为，我国至少要明确陪审员有三项专属的权力：事实认定中对证明标准的把握；既定法律的理解与推理；法律适用中的自由裁量权。这三项权力是把陪审员假设为一个理性人，更多的是依据理性标准而非法律专业知识来划定的，对陪审员的个人能力和自身素质而言，也更有可能是来行使这些权力，从而真正行使陪审员的职责。

（三）建立人民陪审员保障机制

一是素质保障。要对人民陪审员定期进行培训，进行文化 and 普法教育，提高他们的法律意识。二是人身保障。关系网的存在使得对陪审员的利诱和打击报复提供了生存的土壤，规定对人民陪审员打击报复的，应视同对司法人员的打击报复，予以制裁，以保护人民陪审员的人身安全。三是物质保障。人民陪审员在执行陪审任务时，原单位不得以人民陪审员执行陪审任务、没有按正常工作时间工作为由降低其待遇，以解决陪审员的后顾之忧。

（四）强化功能与制度的互动。

美国陪审团的功能是通过相应的制度作为保障，而且美国陪审团的功能是在长期历史演变中逐渐产生的，一旦产生了某

种功能，美国就设计相应的制度或者完善与功能伴生的制度来保障功能的实现。我国正在进行的司法审判制度改革也应当注意功能与制度的和谐，而且我国司法审判制度改革不是自然演进型，而是人为推进型，因此，应当事先明确我国司法审判制度应当到达什么样的功能，因功能而设计制度，以制度保障功能。

四、结语

陪审制作为美国司法制度的核心组成部分已经存在了 200 多年，反映了美国公众对美国式民主的基石——独立的司法系统的信任。美国陪审制在制度上设计的多重价值性，让我们不得不承认，它是司法诉讼中制约审判权、防止审判权滥用的有效机制，它是抑制司法擅断、增强司法社会公信力的制度机制，它是向公民普及法律意识、增强公民政治道德的重要途径。我国没有陪审制的悠久历史传统和经验，没有美国社会那么成熟完善的民主政治制度，但这并不意味着我们不可以借鉴美国陪审制的成功经验来解决我们司法制度设计上的缺陷及改革过程中所面临的问题，我们应当吸收其精华部分为我所用，来完善我国的陪审制度，真正发挥人民陪审制的作用。

英 丹宁勋爵：《法律的未来》，法律出版社 2000 年，p41

美 菲·方纳：《潘恩全集》，纽约 1954 年英文版第 2 卷，p79~80

龚瑞祥：《西方司法制度》，北京大学出版社 1993 年，p139

美国加州大学、美国斯坦福大学法学院：《美国法律体系（宪法）》，中央广播电视大学出版社 1998 年 p207

作者简介：黄梅艳，女，厦门大学法学院。

策性,即任何采购主体都要体现国家政策,承担社会责任,政府采购合同的签订、履行均应受到政府采购监管机关的制约,这些都使政府采购合同与一般的民事合同区别开来。

(三)混合说

持有混合说的观点是一种比较中庸的态度。该学说认为政法采购合同既具有民法的性质又有行政法的性质,即认为政法采购合同兼具公法、私法性质,比较接近政府采购合同的实际状况。其实这一观点可通过分析以上两种学说即可得出该答案。

三、有关国家关于政府采购合同性质的认定

(一)法国、德国

无论是大陆法系的法国和德国,还是普通法系的英国和美国,政府采购合同均涵盖有行政合同和民事合同。

(二)英国、美国

在英国,由于普通法国家没有公私法划分的法律传统,行政法并无“行政合同”的特别概念,对涉及政府作为一方当事人的合同统称为“政府合同”,政府合同与其他民事主体之间签订的合同一样,均适用普通法规则。但从公共利益的角度出发,立法者也意识到合同主体涉及政府,且合同目的为实现公共利益,必须对一般合同法规则作若干修改,并适用一些特别规则,即在政府合同中赋予行政机关某些特权是必要的。因此,在接受普通合同法规制的同时注意将一些特殊规则适应到政府采购的特殊情形中,并基于这种认识发展了政府合同的单独判例法。

在美国,和源于英国一样的普通法的传统,行政法中依然没有“行政合同”的概念,对于设计政府的合同依然称为“政府合同”。在美国,政府合同主要是政府采购合同,无需法律的特别授权,政府机关即可签订主要用于推行行政政策和执行行政计划,比较典型的合同主要存在于行政性和计划性较强的领域,并且政府采购合同作为政府合同与其他民事主体签订的合同均适用普通合同法,但也适用一些特殊规则,如“政府的便利终止”、“合同不得约束政府机关的自由裁量权”等。

四、笔者观点

结合上述三种学说以及国外的一些观点定性进行分析。不可否认的是,上述三种学说皆有其可采之处。比如说,民事合同说肯定了政府采购过程中具有的一些民法性质,例如,在政府采购合同关系中,双方当事人的权利、义务平等,政府采购合同的签订和履行应依《合同法》的一般规定,如一方违反合同的约定,应依《合同法》之规定承担违约责任,既使由于预算削减等不可抗力而导致的合同无法履行,政府也会给另一方一定补偿;遵循公正原则、诚实信用原则等。但是,该学说自身也存在不足之处:首先政府采购合同的订立尽管是基于市场竞争,肯定涉及到相对方的竞标行为,但这种竞标不是纯粹地缓减市场压力,而是在采购机关控制和主导下有目的的行为,它不仅减少了公共财政的负担,而且推进市场主体的重组与调整,促进宏观经济发展,因此与公共利益密切相关。其次《政府采购》《招标投标法》等法律法规也规定在某些特殊情况下不适用《合同法》,而适用采用特殊法优于普通法的原则。再次,政府采购合同中的主体身份地位不能简单的等同合同法中主体地位,而且发生争议时,关于政法采购合同的争议解决方式也不同于合同法中所规定的。行政合同说同样只是看到该合同一个方面的性质,例如,政府采购资金来源的公共性、政府采购目的的公益性和行政机关在政府采购合同中的主导性权利等。但是,该学说也具有其不足之处:首先,政府采购过程实质就是商品买卖的过程。商品是天生的平等派。其次,我国立法没有规定行政合同,对于行政合同的实质标准也众说不一,“行

政目的论”也是其中的一种。再次,在政府采购合同过程还要考虑到双方当事人遵循意思自治原则,双方意思表示一致为要件。政府采购合同的缔结过程就是合同的当事人提出要约和承诺,进而对合同的必要条款协商一致的过程。仅凭行政主体单方面的意思表示就要相对人去服从,只是传统的行政命令。

相对前两种学说观点而言,在借鉴国外政府采购制度理论想结合,笔者更倾向于第三种学说的观点,即混合说。认为政府采购合同的性质既包括民法(私法)的性质,也包括行政法(公法)的性质。笔者赞同该学说的理由依据如下:

(1)政府采购合同看作是公法与私法混合的合同,比较接近政府采购合同的实际状况。比如,政府采购合同以民事合同为表现形式,具有私法性质。民事合同中的合同主体在法律地位上是平等的,遵循公正原则、诚实信用原则、意思自治原则以及合同双方意思表示一致等规定也都体现了政府采购合同的私法性质;政府采购合同主要体现政府意志和社会公共利益的要求,其本质特点具有公法性质。为了克服市场的自发性和激发市场机制的有效性,政府通过立法和行政干预推行。强制竞争和多渠道救济的制度,立法规定采购合同当事人的强行性公法义务和行政机关干预的职权,对市场失灵方面进行弥补。

(2)政府采购合同同时具有两种性质并非是相互矛盾、互不相容的,甚至在大多数场合中综合考虑两种性质特点,协调好两者之间的关系,更有利于政府采购这一行为到达预期的效果。在政府采购中可以将行政性和契约性有机的结合在一起,使之形成一种良性的互动关系,从而实现公共利益和私人利益的双赢。一方面,政府采购作为一种新型、协商性的行政管理方式,契约性是必不可少的,如果否认契约精神的适用,把双方的法律地位定位于支配与被支配的关系,政府采购就会异化为传统的行政命令,成为一种强制性的行政管理手段,相应的政府采购的目标也就无法实现;另一方面,行政性也不可或缺。若完全否认权力的因素,把政府采购合同看作一般的民事合同,就无法完成政府采购的特定任务。

虽然说公私性质混合说的观点从理论上来说认识比较全面,但该学说并非没有缺点。该学说理论上过于笼统,在特定情况下对实践缺乏指导意义:如果承认其公私混合性质,那么政府采购方和供应商违约责任性质的认定和权利救济问题应如何解决?能说政府采购合同的违约责任既是民事责任,又是行政责任吗?应采取民法上的救济手段还是行政法上的救济手段?对于这些问题,这种主张都很难回答。所以说,在社会学体系当中,没有哪一种理论是十全十美的。它们或多或少都会有些不足。但是,我们不能仅因为其的不足之处就全盘否定了它的其他可取之处。因此,我们应该不断的学习、论证、发展该学说理论,使之逐步趋于成熟。

马克思恩格斯全集(第23卷)[M].北京:人民出版社,1965,3,103.

杨汉平著:《政府采购法律制度理论与实务》,西苑出版社2002年版,第153页。

湛中乐、杨君佐著:《政府采购基本法律问题研究》,载《法制与社会发展》2001年第3期。

郭黎明、崔小宁、胡波:《试析政府采购合同的法律定位》,载自《法制与社会》2007.8.

作者简介:黄梅艳,女,厦门大学法学院。